

A ABUSIVIDADE DAS PRÁTICAS COMERCIAIS E DA PUBLICIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GRATUITOS PELO GOOGLE

MOREIRA, Adriano Fernandes¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo descrever as práticas comerciais e a publicidade utilizada pela Google Inc. no comércio eletrônico, concluindo que pode estar ocorrendo violação de direitos humanos, fundamentais e da personalidade. “Mentes humanas” estão sendo objeto de negociação no comércio eletrônico b2c, num processo que é absolutamente lesivo das liberdades individuais. Embora seja fácil a navegação por meio da internet, ela envolve perigos, uma vez que o perfil de consumo do consumidor é captado por meio de cookies, web bugs, colaborative filterings e outros mecanismos, tornando-o cada vez mais vulnerável às práticas comerciais e à publicidade no e-marketing. Direitos, liberdades e garantias devem possuir eficácia na ordem jurídico-privada, visando a um maior controle da abusividade. Pelo fato de a base ontológica ser excessiva e a posição instrumental ser insuficiente, surge o

¹ Professor Adjunto II do Curso de Direito do Centro Universitário UnirG

novo “paradigma da ancoragem” estabelecendo que é correto estudar o novo, sem se desgarrar dos valores e da clareza e rigor das normas já conhecidas.

Palavras chave: consumidor – direitos – google – internet – intimidade – privacidade.

ABUSE IN BUSINESS PRACTICE IN MARKETING AND ADVERTISEMENT WHEN FREE SERVICES ARE PROVIDED BY GOOGLE.

ABSTRACT

The current study is aimed at describing common business and/or advertisement practices and marketing used by Google Inc, in electronic business and concluding that fundamental human rights and personality violation may be occurring. “Human minds” are being subjected to transactions in electronic business b2c, in a process that absolutely violates individual freedom. Although navigation using internet is relatively simple, dangers are always involved, once the profile of the consumer is easily detected using cookies, web bugs , collaborative filterings and another mechanisms, as such a profile is being adapted more and more to business practices, advertisement and to marketing. Rights, freedom and guarantees should be effective when talking about legal private rights in order to controle abuse. Considering that the ontologic base is excessive and the instrumental base being insufficient, the new “anchor paradigm”, in which it would be reasonable to study the new, without neglecting values, clarity and strictness of known pre-established norms.

Key Words: Consumer- Rights – Internet – Intimacy – Private.

INTRODUÇÃO

O comércio eletrônico tem avançado muito no desenvolvendo de suas bases teóricas e científicas, mas as dificuldades são cada vez maiores, pois seus diferentes modelos e infraestrutura relacionam a internet aos diferentes ramos do Direito, trazendo desafios.

A interdisciplinaridade presente no tema sempre norteia qualquer forma de exposição sobre as bases jurídicas do comércio eletrônico, suas práticas comerciais, publicidade, e-marketing, e as violações à vida privada; encarada como direito humano, fundamental e da personalidade.

O eixo central da análise que se pretende fazer é o diálogo vertical e recíproco entre diversos planos normativos do ordenamento jurídico, posto que há uma inter-relação entre direitos humanos, fundamentais e da personalidade; sendo importante discutir a eficácia dos dois primeiros às relações privadas. As políticas públicas brasileiras devem ser orientadas para a concepção de que os direitos subjetivos infraconstitucionais são insuficientes para proteção efetiva dos consumidores diante das práticas

adotadas na Rede Global, sendo necessária a aplicação conjunta de direitos voltada para uma filosofia de direitos humanos.

As duas óticas diferenciadas acerca do direito à vida privada: primeiro como cláusula geral do artigo 21 do Código Civil, direito fundamental do art. 5.º, inciso X, da Constituição da República; segundo como direito humano do art. 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos; são capazes de demonstrar esse rico diálogo entre os três diferentes planos normativos do ordenamento jurídico.

Então, o presente artigo tem por objetivo esclarecer a existência de argumentos jurídicos aptos a considerarem as práticas comerciais e a publicidade do e-marketing como abusivas. E mais, pretende-se esclarecer que a Google Inc., principal fornecedora de serviços gratuitos na internet, utiliza “mentes humanas” para desenvolver suas atividades, violando assim o direito à vida privada (como direito humano, fundamental e da personalidade).

Portanto, é absolutamente necessário (para o futuro da humanidade), demonstrar como devem ser estruturadas as políticas públicas de proteção ao consumidor

no comércio eletrônico business-to-consumer, de modo a coibir os abusos e possibilitar a efetivação, absoluta, da proteção ao direito à vida privada, pensada nos diferentes planos normativos, por meio de glorioso debate interdisciplinar, oscilando, sempre, entre o público e o privado.

Para tanto, o presente artigo foi dividido em 4 partes.

A primeira confere preponderância à sofisticação do controle de “mentes humanas” pela Google Inc., num processo que é lesivo de liberdades. A segunda aborda a necessidade de eficácia dos direitos humanos e fundamentais às relações privadas, com o objetivo de melhor controle das práticas comerciais e da publicidade. A terceira parte descreve a (possível) abusividade perpetrada nos serviços gratuitos fornecidos na internet. A última parte discorre sobre a variada gama de posicionamentos doutrinários sobre o controle legislativo das práticas adotadas no “vasto oceano profundo de águas cibernéticas”.

METODOLOGIA

Tendo em vista o caráter totalmente interdisciplinar da presente pesquisa, foi realizada uma busca por informações na biblioteca jurídica do

Campus do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB –, encontrando-se inúmeras obras clássicas sobre o tema. Na internet, a ferramenta utilizada foi o “Google Acadêmico” utilizando as palavras-chave: consumidor, direitos, google, internet, intimidade, privacidade.

Portanto, várias obras jurídicas (livros, revistas, artigos da internet, dissertações, teses, e códigos comentados), de direito material, foram necessárias para a elucidação do problema formulado.

Neste estudo, a técnica de análise de conteúdo foi utilizada. Como primeira atividade foram coletados os dados, para em seguida organizá-los sistematicamente. Logo em seguida se passou à leitura e ao fichamento de todo o material. Na sequência, foi feita a interpretação e a apresentação dos resultados da pesquisa científica.

Utilizando-se o método dedutivo, o foco principal de análise se restringiu a: *i*) explicar de que forma ocorre a violação do Direito à Vida Privada (considerando como incluídas aí a intimidade e a privacidade) em decorrência da prestação de serviços gratuitos realizados pela empresa Google Inc., no comércio eletrônico

b2c; e *ii*) delinear a aplicação conjunta dos Direitos Humanos, Fundamentais e da Personalidade para maximizar a proteção do consumidor no comércio eletrônico *business-to-consumer* (B2C).

REVISÃO DA LITERATURA

O PSEUDOCONTROLE DO CONSUMIDOR NO ACESSO AOS SERVIÇOS DA GOOGLE INC.

Ao abrir pela primeira vez o site de buscas do Google o consumidor comprovará facilidades, bastando digitar uma palavra para milhares de informações aparecerem diante do écran. O fato comprova que a empresa norte-americana atingiu a “velocidade do pensamento”, sendo capaz de armazenar, acessar e utilizar o conteúdo de “mentes humanas”. No entanto, a sociedade não sabe que seus pensamentos é que estão sendo objeto de negociação.

Por meio dos cookies, e outros sistemas sofisticados, armazenados no hard disk do próprio internauta, ou nos milhões de servidores do Google, é possível personalizar os atendimentos e arbitrar os sites de maior interesse para os usuários. Se por um lado a prestação de serviços é gratuita criando facilidades, por outro a

venda de tudo quanto há nas mentes humanas se torna moeda valiosa. Portanto, há um *hard case* que necessita ser apreciado pela doutrina jurídica.

A publicidade direcionada, no Brasil, vem sendo utilizada por empresas virtuais que operam no comércio eletrônico denominado *business-to-consumer*, ou CEB2C, e há muitas dificuldades de se estruturar as políticas públicas necessárias ao controle da situação.

Para Pierre Lévy (1999, p. 85) o universo da Web constitui um imenso ‘território’ em acelerada expansão, mas que também é capaz de ajudar o navegante por meio de buscadores, mapas, filtros e seleções, sendo a própria Web o seu melhor guia. Conforme Lévy, primeiro o internauta empreende a “caçada” em busca de informações precisas, para em seguida ocorrer a “pilhagem”, fase na qual se é arrastado para a teia global sendo forçado a percorrer sites e links, para neles recolher coisas de interesse.

No entanto, Ricardo Lorenzetti (2004, p. 45) demonstra a existência de um processo de regulação heterônoma das condutas humanas, mediante “a publicidade indutiva, a

criação de modelos culturais e o incentivo a determinadas condutas, que vai criando regras comuns”, que levam ao padrão de gostos e preferências, desencadeando um processo absolutamente lesivo das liberdades. Tudo é retrato de si mesmo, comportamentos se tornam reflexivos, não há espaço para a evolução, todos estão reduzidos a uma situação de maior entropia.

No mesmo sentido Cláudia Lima Marques (2004, p. 117) faz uma análise dos desafios que as relações contratuais eletrônicas propõem para o direito privado, doutrinando sobre despersonalização, desmaterialização, desterritorialização, desregulamentação, atemporalidade, desconfiança e novas práticas comerciais existentes no comércio eletrônico business to consumer. Na concepção da autora, os novos métodos comerciais propõem “um desafio difícil para a dogmática e a prática do Direito do Consumidor”, e o maior exemplo é a publicidade, elaborada por meio de cookies, spamming, e-marketing. Conforme a autora, o “Direito Comparado tem demonstrado a preocupação estatal e paraestatal em reduzir a agressividade

e a quantidade deste side-effect do comércio eletrônico”.

Reforçando o pensamento de Pierre Lévy, Cláudia Lima Marques (2006, p. 34) ainda esclarece que os usuários da Internet têm sua capacidade diminuída, pois são guiados por links e conexões, tendo diminuída sua capacidade de proteger sua privacidade e impor sua linguagem. A autora explica que “se há ampla capacidade de escolher, sua informação é reduzida (extremo déficit informacional), a complexidade das transações aumenta, sua privacidade diminui, sua segurança e confiança parecem desintegrarem-se em uma ambiguidade básica: pseudo-soberania do indivíduo/sofisticação do controle”.

Para Semy Glanz (2002, p. 114) a “complexa relação globalizada da Internet, que, embora seja de notável progresso, facultando comunicação quase instantânea entre pessoas de lugares diversos, pode trazer também perigos, ante a existência de pessoas que causam danos”. Cesar Viterbo Matos Santolim (2005, p. 81) considera ainda a situação de total “catividade” do consumidor, evidente nas relações do comércio eletrônico, mercê da circunstância de que ele se

vê forçado a manter relações com determinado fornecedor, uma vez que não conseguirá suportar os prejuízos da troca de fornecedor.

Por meio de práticas comerciais sofisticadas, as empresas da Rede Global captam o pensamento em sua máxima velocidade. Jean Jacques Erenberg (2003) destaca que o conhecimento e a informação adquirem status de matéria-prima na Internet, e coloca a garantia fundamental de defesa do consumidor acima do direito à produção da publicidade abusiva presente no Comércio Eletrônico business to consumer. O autor também ressalta que, em conjunto, a legislação constitucional e infraconstitucional, estruturadas em princípios, são capazes de regulamentar as novas formas de publicidade.

Fernando Gherardini Santos (2001, p. 170) aponta para a vulnerabilidade do consumidor brasileiro e a discrepância entre o acesso às informações a disposição do fornecedor e a incapacidade do consumidor de compreendê-los, destacando que o dever de educação está consagrado na Política Nacional das Relações de Consumo. E o art. 6.º, inc. III, do CDC, elenca a

“informação adequada de productos e serviços como direito básico do consumidor”.

Para explicar o processo de elaboração do e-marketing, Paulo Valério Dal Pai Moraes (2009, p. 282) descreve a psicologia por trás das relações de consumo, esclarecendo que a “publicidade baseia-se na existencia de uma necessidade que pode ser despertada por um estímulo, tendo como objetivo fazer com que o indivíduo tenha consciencia desta necessidade”. Posteriormente implantar-se-á no consumidor a ideia de que aquele objeto apresentado poderá satisfazer sua necessidade despertada, e criado o desejo de aquisição, o target passará a avaliar a qualidade, o uso, a conveniencia, o preço e outros fatores.

Após compreender-se o funcionamento das práticas comerciais e da publicidade no comercio eletrônico é necessário destacar a importância dos direitos fundamentais, ressaltando a forte interligação que deve existir entre os direitos fundamentais e humanos e o direito privado. Também é necessário evidenciar o diálogo vertical e recíproco entre direitos da personalidade, direitos fundamentais e

direitos humanos, uma vez que a vida privada é tutelada em diferentes planos normativos, servindo como perfeito exemplo desta discussão.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS COMO INSTRUMENTAL JURÍDICO APTO A COIBIR ABUSOS

Neste sentido, diante dos desafios impostos pela *Internet* ao direito privado, principalmente em virtude do desrespeito à vida privada² (SILVA, 2007, p. 28), muita dúvida foi gerada sobre a possibilidade de a tutela infraconstitucional, prevista na cláusula geral do art. 21 do Código Civil, sozinha ser ou não suficiente para conter o avanço tecnológico que influencia, de forma direta, os direitos de personalidade. Sobre a temática Maria Cláudia Cachapuz (2004) sustenta que a cláusula geral prevista no Código Civil protege as relações entre privados, tentando conferir “o mesmo tratamento jurídico de proteção assegurado constitucionalmente nas relações entre o cidadão e o Estado”.

É crucial o estudo da eficácia dos direitos humanos e fundamentais

às relações privadas. Sobre o tema Claus-Wilhelm Canaris (2009) afirma que a pergunta pelos destinatários dos direitos fundamentais encontra-se por detrás da famosa controvérsia travada entre as teorias da eficácia imediata e da eficácia mediata dos direitos fundamentais, demonstrando a existência de doutrinas no sentido de que os direitos fundamentais dirigem-se não apenas contra o Estado, mas também contra os sujeitos de Direito Privado.

É importante destacar que o Ministro Gilmar Mendes, em acórdão³ do Supremo Tribunal Federal, afirmou que “um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklausel*) que serviriam de ‘porta de entrada’ (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado”. Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 46) esclarece que o STF utilizou a teoria da “*eficácia horizontal mediata*, em virtude de as cláusulas gerais funcionarem como uma espécie de ponte infraconstitucional para as normas constitucionais”.

¹A autora explica que o direito a vida privada é o gênero que inclui a privacidade e a intimidade como espécies.

²RE 201.819-RJ, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2005

José Joaquim Gomes Canotilho (2008) se preocupou em responder à seguinte pergunta: “Se, e em que medida, os direitos, liberdades e garantias possuem eficácia na ordem jurídico-privada”? O autor argumenta que a constitucionalização da ordem jurídica privada é um dos temas centrais da juspublicística dos últimos cinquenta anos, sendo conhecida “sob várias designações: ‘eficácia externa de direitos fundamentais, ‘efeito irradiante dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada’, ‘efeito horizontal dos direitos fundamentais’, ‘*Drittwirkung*’ ou ‘*state action*’”.

Esclarecendo os desafios impostos ao ordenamento jurídico pela captação de dados pessoais, Têmis Limberguer (2007, p. 197) afirma que “a quantidade de informações que podem ser armazenadas e transmitidas é de tal magnitude que exige o estabelecimento de soluções para os problemas que podem resultar da relação entre informática e intimidade”. Para a autora a efetiva proteção do direito à vida privada somente será possível por meio da aplicação conjunta dos direitos de cunho pessoal (da personalidade), dos direitos fundamentais e dos direitos

humanos, pois além de o Estado Democrático de Direito exigir os direitos fundamentais “é possível pensar nos direitos humanos como uma ideia agregada à democracia”.

Para Luiz Edson Fachin (2006) “o debate que entrelaça direitos fundamentais, novos direitos e relações existenciais (aí inseridos os direitos de personalidade) suscita a problematização de premissas vincadas pela incidência daqueles direitos nas relações interprivadas”. O autor conclui que o resultado da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é “uma sociedade justa, fundada na igualdade material, na superação dos dogmatismos conceituais e na rigidez dos códigos” que leva em conta a “tutela efetiva dos direitos fundamentais, sem recitar o neolegalismo positivista revestido de teorias, que, no presente, se prestam a encobrir velhos matizes”.

Na Universidade de São Paulo, a temática já teria sido inserida no campo do direito público. Wilson Zauhy Filho (2007) sustenta que o *direito humano fundamental de autodeterminação de dados* surge para socorrer os sistemas jurídicos de proteção da pessoa humana, diante da

insuficiência dos direitos infraconstitucionais, sendo esse direito:

“imprescindível para a preservação da dignidade da pessoa humana que poderá restar arranhada não apenas pela coleta de dados objetivamente violadores da esfera íntima ou privada, mas também poderá restar violada pela gestão de dados a priori inofensivos à pessoa, mas extremamente nefastos se submetidos a gestão e encontro de dados que permitam formar um quadro geral de intimidade de determinada pessoa, ou do grupo social a que ela pertença”.

Confirmando a inserção do tema no campo do direito público, Têmis Limberger (2007) esclarece ainda que “o art. 5.º, LXII, da CF, regula a concessão de *habeas data*, e a intimidade encontra proteção em sede constitucional, art. 5.º, X, CF”; ao passo que “o art. 5.º, § 1.º, da CF dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A mesma ideia é sustentada pela doutrina argentina que defende estar relacionada à *Internet* a ideia de um *direito a autodeterminação da informação*; o qual, na concepção de

Ricardo Lorenzetti (2004, p. 68), inclui: “a faculdade do indivíduo de dispor e revelar dados referentes a sua vida privada e sua livre disposição em todas as fases da elaboração e uso dos dados, sua acumulação, sua transmissão, sua modificação e o seu cancelamento”.

Mas, contrapor os direitos: da *Google Inc.*, de proporcionar gratuitamente um mecanismo de busca (fato que se encontra dentro de um quadro de licitude); com o do consumidor, de exercer sua autodeterminação ao obter os dados desejados; é fato que revela a situação delicada do ordenamento jurídico, que está diante de um *caso difícil*. Neste sentido, José Alcebíades de Oliveira Júnior (2006, p. 23) afirma que há um evidente caráter de fundamentalidade social nos direitos dos consumidores, e a solução dos *casos difíceis* “conduzem obrigatoriamente o intérprete/aplicador do direito para além do direito em sentido estrito, tendo-se mesmo que ‘habitar’, como que em um lugar reservado às tensões entre direito e moralidade”. O mesmo autor propõe que:

“este lugar de tensões e de difícil sistematização no mundo pós-moderno, ao qual

se dá o nome de *caso difícil* devido a tamanha complexidade das sociedades de massa globalizadas e os problemas que elas apresentam, possa ser decifrado e encontre seus caminhos hermenêuticos, a partir de uma '*filosofia de direitos humanos*', que teria por escopo discutir principalmente o núcleo desses direitos".

Reforçando a ideia de proteção do consumidor como direito fundamental, Anna Luiza de Castro Gianasi (2006, p. 7) aduz que o consumidor do mundo globalizado "é titular de direitos e deveres que devem ser assegurados e acima de tudo, efetivados", e "com esta preocupação, em abril de 1985, a Organização das Nações Unidas (ONU), mediante aprovação da resolução 39/248, estabeleceu os Direitos Fundamentais do Consumidor". A autora explica que "na Constituição Brasileira de 1988, a defesa do consumidor está expressamente disposta no art. 5.º, XXXII, elencada dentre os direitos e garantias fundamentais, e no art. 170, como princípio macroeconômico, verdadeira diretriz da ordem econômica e financeira brasileira".

Mas o direito à vida privada como direito humano, previsto no art.

12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, também suscita indagações sobre a eficácia dos direitos humanos nas relações entre particulares. Sobre o tema Christian Courtis (2007, p. 81) sustenta que a ideia de não poder se aplicar direitos humanos nas relações entre particulares parece exagerada e errada, pois existe uma confusão a respeito dos vários planos normativos, que devem ser distinguidos. Feita a distinção, não haverá mais inconvenientes teóricos em se afirmar que a positivação de direitos humanos pode obrigar também os particulares. Conforme Hans Kelsen (2010, p. 306):

"o domínio material da validade da ordem jurídica nacional ou da competência do Estado pode ser limitada também na medida em que certas matérias podem ser reguladas por Direito Nacional, que devem, no entanto, ser reguladas em conformidade com o Direito Internacional, prescrevendo este a regulamentação definitiva dessas questões".

Ao descrever o conceito e a importância do direito à vida privada e a constatação de violações, Amaro Moraes Silva Neto (2001, p. 33) também aborda a revolução telemática e o *sepultamento da privacidade* afirmando que "incontáveis são os

meios com que violam nossa privacidade”, pois *podem ser gravadas todas as conversas, todas as transações financeiras, todos os hábitos de consumo, todos os dados sensíveis*. O autor adverte que “o mais perigoso é que este intrusismo em nossas vidas acabe sendo assimilado a ponto de as pessoas se acostumarem com isso”, pois o preço cobrado por toda essa tralha tecnológica relativa a informações é a privacidade, por meio da revelação de nossos hábitos e mais recônditos segredos.

Ao discorrer sobre a violação da intimidade e da vida privada pela *Rede Global*, Sônia Aguiar do Amaral (2002, p. 72) adverte ser competência dos juristas refletirem e adotarem uma postura crítico-constructiva sobre as questões que envolvem a informática, sem que, com isso, se queira afastar seus benefícios. Segundo a autora “no mundo em que vivemos, nossa vida privada e nossa intimidade estão expostas a todos aqueles que, sem razão alguma ou em função do interesse público, ou para fins lucrativos, queiram delas se inteirar”. É muito fácil saber tudo da vida de alguém. Mas está conduta intrusiva reflete que tipo de interesse?

Marcelo Cardoso (2006, p. 164) explica as razões pelas quais a *Internet* oferece perigo para a intimidade de seus usuários, esclarecendo que “quando o usuário se conecta à Internet e começa a ‘locomover-se’ por ela, vai deixando muitos ‘rastros’ (dados e informações, de caráter pessoal, ou não) por onde passa (páginas *web*, *mailing list*, grupo *NEWS* etc.), possibilitando que outros internautas possam ter acesso a estes ‘rastros’. Para o autor o protocolo TCP/IP também reflete a vulnerabilidade na *Internet*, pois facilita atentados contra o direito à intimidade, uma vez que o computador do usuário passa a ‘pertencer’ ao incalculável número de máquinas conectas. Compras, pesquisas, conversas, diversão; tudo é objeto de análise na teia global.

Liliana Minardi Paesani (2008, p. 42) aduz estarem em risco “os nichos mais precisos da privacidade”, uma vez que “*contas correntes, declarações do imposto de renda, números e operações dos cartões de crédito, dados do passaporte, nomes e endereços de contatos comerciais e pessoais* poderão ser devassados” em qualquer lugar do planeta. Mas, que tipo de personalidade está por trás

destas invazões? O que desejam aqueles que fazem a captação de dados no “oceano cibernético”?

Luciana Antonini Ribeiro (2002, p. 152) explica que “com o desenvolver das tecnologias e a necessidade de geração de receitas, a privacidade dos cidadãos enfrenta novos desafios, contra inimigos diversos” que não são mais o Estado e sim os fornecedores, que sedentos “pelo incremento de seu lucro, concluíram que a melhor forma de conquistar o consumidor é traçando seu perfil, o qual decorre de preciso conhecimento quanto aos seus desejos, necessidades e condições financeiras”.

A (POSSÍVEL) ABUSIVIDADE DAS PRÁTICAS COMERCIAIS E DA PUBLICIDADE NO COMÉRCIO ELETRÔNICO B2C

Não há como deixar de reconhecer a abusividade das práticas comerciais e da publicidade em virtude da violação de direitos humanos, fundamentais e da personalidade. Para Jean Jacques Erenberg (2003, p. 54) a publicidade produzida por meio de técnicas comerciais que captam dados do consumidor é, sim, abusiva; ela desrespeita o direito fundamental à privacidade, uma vez que “para melhor

direcionar suas campanhas publicitárias, os fornecedores se valem das facilidades tecnológicas proporcionadas pelo ambiente virtual para colher um grande número de informações dos visitantes de seus sites”, utilizando-se de “data mining, cookies, programas espões e outras formas de registro de informações”.

Para Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2004, p. 341) o legislador foi sábio ao tratar a abusividade da publicidade como conceito jurídico indeterminado, que deve ser preenchido no caso concreto. A abusividade “leva em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana” a exemplo da intimidade e privacidade. Em 2004 o autor já considerava como abusiva a publicidade gerada por meio de spam, sustentando que o legislador agiu corretamente ao instituir rol exemplificativo no art. 37, § 2.º do CDC, pois “o mercado de consumo é extremamente veloz nas suas transformações”. Sobre o spam, Antônio Herman Benjamin considera que “inicialmente, a prática envolve uma violação frontal da garantia constitucional da intimidade e da privacidade” e “a ninguém é dado o

direito de interferir na vida privada do consumidor”.

Na mesma linha de raciocínio, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2004, 341) aduz que os arquivos de consumo, e o e-marketing, constituem práticas comerciais que atuam diretamente no fomento do consumo. E da mesma forma que a publicidade, as práticas abusivas também são definidas em rol exemplificativo, pois “não poderia o legislador, de fato, listar, a exaustão, as práticas abusivas” em decorrência da extrema velocidade e das mutações ocorridas. Neste sentido, cumpre reconhecer que o processo de elaboração do e-marketing, com utilização de dados pessoais, violando-se a vida privada dos consumidores, é claro exemplo de prática abusiva adotada na Internet.

A ideia de abusividade também é esclarecida por Cláudia Lima Marques (2003, p. 482), para quem a publicidade abusiva é aquela “antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”; podendo o Ministério Público (estadual e federal), e as associações de defesa do consumidor, fazerem uso da ação civil

pública para promoverem a defesa coletiva dos consumidores.

Também cumpre reconhecer que a Google Inc. é a principal empresa violadora de direitos humanos, fundamentais, e da personalidade; em virtude da prestação de serviços gratuitos, os quais em contrapartida à enorme contribuição, acabam por explorar dados da vida privada. Ao tratar da proteção de dados pessoais na sociedade da informação, Tatiana Malta Vieira (2007, p. 175) esclarece a grande relevância do tema com a disseminação do uso de redes abertas e o incremento do poder computacional na Internet. Para a autora “o avanço tecnológico, ao propiciar o cruzamento de dados pessoais e o monitoramento eletrônico de indivíduos e empresas, agiganta-se como uma ameaça ao direito à privacidade”. Ao discorrer sobre a sociedade da informação, a autora menciona evidente exemplo desse amplo acesso a informações em escala global: o site Google; esclarecendo que “a notável diversidade de acesso às buscas, por meio desse recurso, em tantos idiomas diferentes, confere a esse motor de

busca uma força niveladora de inefável competência”.

Da mesma forma, ao discorrer sobre as práticas abusivas, Paulo Valério Dal Pai Moraes (2009, p. 313) sustenta que os fornecedores valem-se das vulnerabilidades técnica e psíquica do consumidor utilizando o argumento da gratuidade, que contém um encantamento irresistível ao ser humano.

Portanto, é evidente que dentre as empresas que prestam serviços gratuitos aos consumidores a mais relevante é a Google Inc.. E Steven Levy (2012, p. 460) foi hábil em descrever como os amigos Larry Page e Sergey Brin conseguiram criar o mais avançado mecanismo de buscas. Ao fim de seus estudos, o autor conseguiu explicar que a filosofia pura do Googleplex acaba sendo contrastada com direitos humanos, fundamentais e da personalidade. Sobre o Google, David Vise (2007, p. 316) afirma que superado o desafio de juntar os dados, esta empresa pretende organizá-los e acessá-los de formas ainda mais fáceis, com o objetivo de ajudar a humanidade a enfrentar sérios problemas, principalmente na área de saúde. Mas, resta indagar: “Por qual razão há tanta

preocupação do Google com educação, saúde e segurança?”, “Estaria surgindo um novo ‘Estado Global Cibernético’?”

Para Luis Matos (2004, p. 76) o “cracker” de bancos de dados acessível pelo Google é tão perigoso que acabou gerando, dentro da área de TI, a profissão de Database Security Administrator. A sociedade não tem a mínima ideia de que por meio de linguagens científicas (SQL, MDB, MySQL, Oracle, etc.) é possível vasculhar até mesmo bancos de dados ocultos por trás de proxys ou firewalls. Fato que só reforça a vulnerabilidade dos consumidores na Internet, e a clara possibilidade de violação da vida privada.

Apesar da boa vontade do site Google, Douglas Ruskoff (2012) afirma que por trás deste sucesso está a “negociação de mentes humanas”, o que revela “algo muito errado” para a humanidade, pois decisões sérias podem ser tomadas a partir de dados coletados na Internet, sem que os consumidores percebam o que de fato acontece. Para o autor, o pensamento humano não pode ser objeto de transações comerciais. E também há o sério perigo de bancos de dados (criados com interesse puramente

comercial) comecem a ser acessados pelo Estado.

ANÁLISE DOS MECANISMOS APTOS A TORNAR MAIS EFETIVA PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO B2C

Mas, como dar efetividade, na *Teia Global*, ao direito à vida privada? As regras presentes no mundo real podem ser aplicadas à realidade virtual? Do ponto de vista hermenêutico Ricardo Lorenzetti (2004, p. 68) sustenta três posicionamentos. O primeiro posicionamento (base ontológica) afirma que o Direito 'real' não está apto a regular este novo mundo, e também não tem muitas funções a desempenhar. Neste sentido:

“é clara a analogia entre terra e mar: o direito do 'mundo real' emana dos Estados Nacionais, vinculados ao conceito de território dentro do qual exercem seus limites. Esse mesmo direito admite um espaço liberado, que é o mar, sobre o qual não existe controle além das áreas próximas da terra firme. Esta analogia poderia dar lugar a um 'Direito da navegação virtual', de caráter internacional”.

Três tipos de argumentos reforçam a base ontológica. O primeiro aduz ser necessária a “lex informática”, que prevê a auto-regulação com absoluta flexibilidade, propiciando que alguns Códigos de

Ética e de Conduta, associados aos costumes, criem regras próprias da rede. O segundo argumento prevê a impossibilidade de regulação em decorrência do fato de que “o acesso à *Internet* é amplo, interativo, anônimo, em escala transnacional, protegido pela liberdade de expressão”. O último argumento afirma que o “pensamento libertário” dos *ciberativistas*, em defesa de liberdade individual, deve preponderar. Ao criticar a base ontológica Ricardo Lorenzetti (2004, p. 68) afirma que: “O funcionamento da *Internet* não é uma questão meramente privada; é uma forma externa da globalização, com efeitos políticos e sociais que envolvem a ordem pública e a necessidade de regulação”.

O segundo posicionamento (denominado de instrumental) afirma que a “*cyberlaw* é composta pelas regras de Direito comum, e seus conflitos são similares: regulação ou flexibilidade, proteção da propriedade, do consumidor, proteção da privacidade”, sendo necessário reconhecer um “espaço público virtual, no qual é claramente aplicável o direito cogente, em que se pode prever condutas e atribuir-se responsabilidades pela violação desse

tipo de regras, consagrando uma ‘ordem pública tecnológica’.

Sendo a base ontológica excessiva e a posição instrumental insuficiente, Ricardo Lorenzetti (2004, p. 75) defende o “*paradigma da ancoragem*” (como terceiro posicionamento) para estabelecerem-se “pontos fixos que permitam inovação, mas não a insensatez, a hipótese aventureira ou a improvisação”. Para o autor a “*ancoragem*” permite o reconhecimento e estudo do novo, mas sem desgarrar-se dos valores e da clareza e rigor das normas.

O certo é que: o controle de mentes humanas, a captação e negociação de dados pessoais, e o paradigma de que o correto é o que está sendo divulgado pela *Google Inc.*, são fatos sociais que têm deixado a comunidade científica em alerta máximo, forçando juristas, e demais profissionais que dedicam-se às Ciências Jurídicas e Sociais, a um diálogo transdisciplinar e interdisciplinar sem precedentes. Um “novo mundo” está se descortinando diante dos olhares atentos dos profissionais dedicados às Ciências Sociais.

SÉRIA AMEAÇA AO DIREITO DE LIBERDADE

Quando alguns consumidores são alertados sobre os perigos da internet, eles acabam desistindo da navegação. Deixam de acessar os sites que vendem livros específicos, optam por não receber emails de certos fornecedores, preferem evitar a compra de certos produtos pela internet, ou acabam voltando às filas dos bancos por temerem a revelação de dados bancários. Ou seja, ocorre um efeito absolutamente lesivo da liberdade do ser humano.

É evidente que a instalação de programas protetores pode ajudar na proteção da intimidade, privacidade e vida privada. E é certo que alguns consumidores (menos vulneráveis) encontram-se em alerta máximo, instalando diariamente *honey pot*, *jrt*, *adwcleaner*, *malwerebytes* entre outros *softwares*. Mas, a grande maioria dos *cibernautas*, sendo conhecedores deste processo de absoluta captação de dados pessoais, vai evitar deixar “rastros virtuais”. E em ocorrendo este fenômeno, o que está “sob xeque” é o direito “de ir e vir” na internet.

Marcel Leonardi (2007, P. 343) confirma esta ameaça. O doutrinador

afirma ser impossível praticar certos atos sem deixar registros, pois não é concedido ao consumidor praticar atos sem criar registros, desta forma a liberdade é restringida, uma vez que “se as consequências de expressar novas ideias ou agir de forma não convencional forem excessivamente negativas, não há dúvida de que poucos indivíduos estarão dispostos a correr tais riscos, diminuindo o grau de liberdade e democracia da sociedade”. Em outras palavras, certos comportamentos serão totalmente evitados pelo *cibernauta*, fato que implica em absoluta restrição de liberdades.

E vários são os autores que confirmam esta restrição de liberdades. Dentre eles está o promotor de justiça Leonardo Roscoe Bessa (2003, p. 104), que ao doutrinar sobre os bancos de dados, sustenta ser “unânime entre os autores a ideia de que as inovações tecnológicas trazem novas ameaças não apenas à privacidade, mas aos direitos da personalidade como um todo”. No entanto, o autor explica que o mais exposto é a privacidade tendo em vista, por exemplo, a utilização de programas de computador como o *cookie*, que “*podem simplesmente*

traçar a rotina diária do cidadão, identificando hábitos e gostos, além de manter a pessoa sob uma constante e indesejada vigilância”. Nada, absolutamente nada, é deixado de lado durante a navegação do *cibernauta*.

CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se que o “homem está nú” na internet. Seus hábitos, seus desejos, e seus mais recônditos segredos estão sendo revelados a cada instante de navegação.

Por enquanto o interesse tem se voltado para o *e-marketing*. Mas, resta indagar: Até quando será possível garantir que estas informações pessoais (de cada ser humano que habita o planeta Terra) não serão objeto de acesso pelos Estados? Que tipo de incômodos, o conhecimento de certas informações, divulgadas pelos próprios internautas, é capaz de gerar nos seres humanos? Estar-se-á à vontade sabendo que outras pessoas têm conhecimento do que ocorre em sua vida privada?

Conforme analisado, é ponto pacífico na doutrina o fato de poder (em tese) estar ocorrendo a violação de direitos humanos, fundamentais e da personalidade no momento em que

serviços gratuitos são disponibilizados pela *Google Inc.* na internet. Os consumidores estão sendo atraídos pelas facilidades do sistema, sem terem conhecimento dos efeitos lesivos às liberdades. Com uma variada gama de serviços (buscador, gmail, blogger, translator, youtube, *earth*, e mais outra dezena de serviços) a empresa norte-americana passou a ter um (ameaçador) controle de quase tudo o que ocorre no Planeta Terra. O fato é tolerado em razão dos fins comerciais. Mas, até quando?

Também foi explicado que é dever dos profissionais que se

dedicam às Ciências Sociais aprofundarem suas pesquisas na compreensão deste novo fenômeno mundial, propondo teorias que possam ajudar o intérprete na compreensão e aplicação do direito.

Portanto, a raça humana inteira se vê diante de uma nova forma de controle de suas “mentes”. O que está valendo é o que está sendo divulgado pela *Google Inc.*. Os comportamentos são estimulados pelos serviços gratuitos. E o novo conhecimento mundial, inclusive de crianças e adolescentes, passa a ser gerado por uma única empresa: a *Google Inc.*

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e et alii. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BESSA, Leonardo Roscoe. O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (Biblioteca de direito do consumidor – v. 25).

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A proteção à intimidade e à vida privada orientada no discurso jurídico: contribuição de leitura ao novo código civil brasileiro. Tese de doutoramento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo et al (org). Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

ERENBERG, Jean Jacques. Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Ensaio sobre a incidência dos direitos fundamentais na construção do direito privado brasileiro contemporâneo a partir do direito civil-constitucional no Brasil. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (coord). Direitos fundamentais e novos direitos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

GIANASI, Anna Luiza de Castro. As relações de consumo e o princípio da transparência: uma proposta de integração jurídico-normativa para o Mercosul. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 58, p. 7-54, abr-jun. 2006.

GLANZ, Semy. Consumidor e contrato eletrônico. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, vol. 796, p. 114-123, fev. 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. Princípios do direito internacional. Ijuí: Unijuí, 2010.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil pela violação do sigilo e privacidade na internet. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÉVY, Pierre. Cibercultura. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LEVY, Steven. Google a biografia: como o google pensa, trabalha e molda nossas vidas. São Paulo: Universo dos Livros, 2012.

LIMBERGER, Têmis. O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMBERGUER, Têmis. Direitos e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo et al (org). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMEIRA, Tânia M. Vidigal. E-marketing o marketing na internet com casos brasileiros. São Paulo: Saraiva, 2003.

LORENZETTI, Ricardo L. Comércio eletrônico. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 57, p. 9-59, jan-mar. 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: estudos dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Código de defesa do consumidor comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MATOS, Luis. Segredos do google: desvende os recursos não revelados do poderoso sistema de busca. São Paulo: Digerati Comunicação e Tecnologia, 2004.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MOREIRA, Adriano Fernandes. Direito Fundamental à vida privada e marketing direto no comércio eletrônico business-to-consumer: a utilização de dados pessoais na elaboração da publicidade. Gurupi: Célere, 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Casos difíceis, direitos dos consumidores e direitos fundamentais. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 59, p. 62-77, jul-set. 2006.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. Direito à intimidade na internet. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na internet – uma primeira reflexão. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 41, p. 151-165, jan./mar. 2002.

RUSHKOFF, Douglas. Life inc.: how the world became a corporation and how to take it back. Nova York: Randon House Uk, 2012.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. A aplicação da proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro. Tese de doutoramento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 55, p. 53-84, jul-set. 2005.

SANTOS, Fernando Gherardini. Direito do Marketing. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Biblioteca de direito do consumidor; v.14).

SILVA NETO, Amaro Moraes. Privacidade na Internet: um enfoque jurídico. Bauru: Edipro, 2001.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coords). Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação. São Paulo: Saraiva, 2007.

TURBAN, Efraim; KING, David. Comércio eletrônico: estratégia e gestão. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos. São Paulo: Editora Juarez de Oliveria, 2002.

VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007.

WISE, David A; MALSEED, Mark. Google: a história do negócio de mídia e tecnologia de maior sucesso dos nossos tempos. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

ZAUHY FILHO, Wilson. A proteção do direito à privacidade à luz da informática: o direito ao habeas data – liberdade informática e autodeterminação de dados. Dissertação de mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

Recebido em:07/12/2014

Aprovado em: 07/04/2015